

En Logroño, a 16 de octubre de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia la Consejera D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

78/09

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, promovido por D^a. M. V. R. G., por los daños y perjuicios, a su juicio, causados por la asistencia prestada en el Servicio Riojano de Salud a su padre D. T. R. P.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2008, se registra de entrada en la Consejería de Salud, remitido por la Gerencia de Área, un escrito presentado en la Oficina de Atención al Paciente el 30 de junio anterior, en el que D^a M^a V. R. G. exponía, en síntesis, lo siguiente:

Que su padre, D. T. R.P., por sufrir fuertes dolores en la pierna izquierda, desde la cadera hasta la rodilla, que prácticamente le impedían andar, acudió al Médico de cabecera, que lo remitió al Traumatólogo, precisando hasta a cita de éste ser atendido en Urgencias, donde le diagnostican desgaste de cadera. Tras la cita del Traumatólogo, visitas al Médico de cabecera, a los de guardia y a Urgencias, el Traumatólogo pide una resonancia magnética, citándole para realizarla el día 2 de abril y, para comunicarle los resultados, el 2 de junio. Los dolores iban en aumento y gracias a un Médico conocido que vio la resonancia, se les concertó una cita inmediata en Oncología para el día 26 de mayo, siendo ingresado ese mismo día. El diagnóstico fue cáncer de pulmón en grado cuatro,

metástasis en los huesos que impide cualquier tipo de intervención y tumor en la ingle, causa de los dolores y de la inmovilidad de la pierna. La esperanza de vida era de 6 meses.

Termina poniendo de relieve la irregularidad que supone el retraso en estudiar el resultado de la resonancia, el sufrimiento de su padre, soportando fortísimos dolores, y solicita una indemnización de 30.000 euros, *“dinero que ya no le va a curar, pero de alguna forma queremos que su sufrimiento y el inconformismo de toda la familia sea de alguna manera resarcido”*.

Segundo

Mediante escrito de 13 de agosto de 2008, el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa se dirige a la reclamante requiriéndole para que, en el plazo de diez días, acredite la representación del interesado.

El siguiente día 19, D^a V. R. G. se persona en el Servicio presentando certificación literal del fallecimiento de su padre, ocurrido el anterior 26 de julio, fotocopia del DNI propio y del de su padre y fotocopia del Libro de Familia de éste.

Tercero

Mediante Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, de 20 de agosto de 2008, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 12 anterior, con el fin de determinar si procede indemnizar a D^a V. R. G. y en qué cuantía, y se nombra Instructora del procedimiento a D^a C. Z. M.

Por carta de fecha 21 de agosto, se comunica a la interesada la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992. Y, con la misma fecha, se remite a la Correduría de Seguros A. G. y C. copia de la reclamación presentada. La Correduría de Seguros acusa recibo el siguiente día 27.

Cuarto

Mediante comunicación interna de la misma fecha, el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa se dirige a la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando cuantos antecedentes, datos e informes estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada a D. T. R. P.; una copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente; en particular, informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia que se reclama; y el parte de reclamación cumplimentado por cada Facultativo implicado en los hechos. La solicitud es reiterada el siguiente 7 de noviembre.

Quinto

Mediante escrito de 23 de diciembre, la Gerencia de Área remite a la Secretaría General Técnica la documentación solicitada, que incluye la historia clínica del paciente y sendos informes del Dr. E. C. y de las Dras. S. S., V. de M., A. B. y B. M.

Sexto

Con fecha 12 de enero de 2009, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore un informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la Propuesta de resolución sobre la reclamación planteada.

Séptimo

El informe de Inspección, de fecha 17 de febrero de 2009, establece las siguientes conclusiones:

“1.-D. T. R. P. presentaba un cuadro de dolor en la cadera y extremidad inferior izquierdas de, al menos, dos meses de evolución cuando acudió, en una primera ocasión, al Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro el día 26 de marzo de 2008.

Tras la oportuna exploración y pruebas complementarias, se emitió un diagnóstico de coxalgia y se pautó tratamiento dando al paciente de alta bajo el control de su Médico de cabecera, sin que haya ninguna evidencia en la información disponible en el expediente de que se vulnerara en modo alguno la lex artis. De hecho, la información disponible indica que la Dra. que atendió al paciente actuó de acuerdo a la situación clínica del paciente en ese momento.

2.-Ante la no mejoría del cuadro, el Médico de Atención Primaria derivó al paciente al Servicio de Traumatología el día 10 de Abril de 2008. Siendo el paciente citado y valorado por el Especialista el día 14 de Abril de 2008.

Nuevamente, no se aprecia en la actuación del Facultativo Especialista vulneración de la lex artis. Si bien las pruebas radiológicas convencionales no mostraban patología más allá de cambios degenerativos, la situación clínica del paciente aconsejó nuevas pruebas para descartar otros diagnósticos, por lo que se solicita una resonancia magnética nuclear que se fija para el día 29 de abril. También se modifica el tratamiento analgésico, pautándose un fármaco más potente como es la Buprenorfina, y se pauta una infiltración, que se lleva a cabo el día 22 de abril de 2009.

3.-Por desgracia, el paciente no tolera la Buprenorfina ni tampoco el Diclofenaco, lo que obliga a solicitar un estudio alergológico, al tiempo que se ve limitada la capacidad de actuación contra el dolor, siendo más difícil para el Médico de Atención Primaria el controlar éste.

4.-El día 17 de mayo de 2008, D. T. R. P. acude de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital

San Pedro. De nuevo es explorado, realizándose pruebas complementarias y se modifica el tratamiento, al tiempo que se solicita una consulta preferente con el Servicio de Traumatología que se fija para el día 29 de mayo de 2009, si bien dicha consulta no llega a realizarse pues el paciente ingresa, el día 26 de mayo de 2009, en el Servicio de Oncología, tras solicitar dicho ingreso el Dr. S.

5.-Es cierto que, en la consulta realizada en el Servicio de Urgencias el día 17 de mayo, no se realiza una nueva resonancia magnética nuclear, lo que se puede explicar por el hecho de que al paciente se le había realizado una 18 días antes. Es igualmente cierto, como menciona el reclamante en su escrito, que no se solicitó desde el Servicio de Urgencias el resultado de dicha resonancia magnética nuclear, pero, desgraciadamente, el haber dispuesto en esa fecha de los resultados no hubiera cambiado el pronóstico de la enfermedad que sufría el paciente.

En consecuencia, no se puede determinar que haya existido un daño provocado por la actuación de los distintos profesionales que atendieron a D. T. R. P.. Tampoco se puede afirmar que el tiempo empleado en alcanzar el diagnóstico de su enfermedad se alargara por una actuación negligente y, finalmente, no se puede establecer que el resultado final del proceso hubiera sido distinto incluso de haber estado los resultados de todas las pruebas a disposición del Especialista en Traumatología en el mismo día en que se solicitaron. Por desgracia y a la luz de toda la información disponible, se puede afirmar que, cuando acude a consulta con el Dr. E. el día 14 de abril de 2008, D. T. R. P. ya sufría un adenocarcinoma metastásico pulmonar de pronóstico ominoso”

Octavo

Obra a continuación en el expediente el dictamen Médico, emitido a instancia de la Aseguradora, de fecha 15 de abril, que concluye:

“1.- La sucesión de hechos acaecidos depende de la conducta del cáncer indiferenciado y no de los tiempos del diagnóstico.

2.- No existen, además, diferencias cronológicas significativas que pudieran tener significación en la forma de evolución.

3.- El tratamiento de un cáncer de pulmón en fase metastásica es un tratamiento paliativo y la probabilidad de supervivencia media con tratamiento es de 8-10 meses, frente a 5-6 meses sin tratamiento específico”

Noveno

Mediante escrito de 29 de abril, la Instructora se dirige a la reclamante dándole trámite de audiencia, compareciendo ésta en el Servicio el día 8 de mayo y se le facilita copia de todos los documentos obrantes en el expediente.

El día 15 de mayo, se presenta escrito de alegaciones en el que, reconociendo que la enfermedad de su padre no tenía tratamiento curativo, pero sí paliativo, insiste que su denuncia se debe a todo ese dolor y sufrimiento innecesario mientras esperaba el resultado

de una resonancia que se hizo el 29 de abril. Añade que, de haberse actuado como se debiera, los horribles dolores padecidos por su padre se tenían que haber evitado.

Décimo

Con fecha 2 de julio de 2009, la Instructora del expediente emite propuesta de Resolución en la que propone *“que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula por D^a V. R. G., por la falta de legitimación activa de la reclamante y porque, además, el daño alegado, cuya reparación solicita, no puede ser imputado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios”*.

Décimo primero

El Secretario General Técnico, el día 3 de julio, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido, en sentido favorable a la Propuesta de resolución el día 16 de julio de 2009.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 3 de agosto de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 7 de agosto de 2009 el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 7 de septiembre de 2009, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una Propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limitaba la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008.

Al ser la cuantía de la reclamación superior a dicha cifra, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro Dictamen 3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o*

por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

La Propuesta de resolución, informada favorablemente por la Letrado de los Servicios Jurídicos, rechaza la reclamación por falta de legitimación activa de la reclamante y porque, además, el daño cuya reparación solicita no puede ser imputado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios.

Si bien puede aceptarse, como expondremos, la falta de legitimación activa, no estamos de acuerdo con la segunda parte de la Propuesta de resolución, la de no ser imputable al funcionamiento del Servicio Público el daño cuyo resarcimiento se interesa.

Es, precisamente, en la determinación de cuál sea el daño donde radica el *quid* de la cuestión. En efecto, a la vista del escrito que plantea la reclamación y del de alegaciones en el trámite de audiencia, el daño cuya indemnización se pretende es el sufrimiento del padre de la reclamante, soportando fortísimos dolores, dolor y sufrimiento innecesario que podría haberse evitado de haber analizado con mayor celeridad el resultado de la resonancia que se le hizo el 29 de abril.

Se trata, por tanto, del daño moral que implica para el enfermo el sufrimiento de fuertes dolores y las incomodidades subsiguientes, como imposibilidad de acostarse, inmovilidad de la pierna, continuas visitas al Servicio de Urgencias etc., sufrimiento e incomodidades que se alargaron en el tiempo al no diagnosticar el cáncer de pulmón con metástasis ósea, que revelaba la resonancia realizada, hasta el 26 de mayo, prácticamente un mes después.

Este daño, así concretado, no estamos de acuerdo en que no pueda ser imputado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios. Implícitamente lo reconocen los informes de la Inspección Médica y de la Aseguradora, cuya argumentación se basa, principalmente, en que un diagnóstico más rápido no hubiera cambiado el pronóstico ni el desenlace de la enfermedad que sufría el paciente, ni tenido significación en la forma de evolución. La expresión utilizada en el Informe de Inspección (“*tampoco se puede afirmar que el tiempo empleado en alcanzar el diagnóstico de su enfermedad se alargara por una actuación negligente...*”) está suponiendo un presupuesto culpabilístico que no se compadece con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Entendemos, por tanto, que dicho daño puede ser imputado al funcionamiento del servicio público pues, si bien es cierto que el diagnóstico precoz no hubiera influido en la evolución de la enfermedad ni en el fatal desenlace, es evidente que el sufrimiento, los fuertes dolores y las incomodidades podían haberse minorado al máximo con los adecuados cuidados paliativos.

Sin embargo, la reparación de este daño, circunscrito al sufrimiento del paciente, sólo puede ser reclamada por éste, por lo que hemos de convenir con la Propuesta de resolución en la falta de legitimación activa de la reclamante, limitándonos a añadir a la fundada argumentación de aquélla algunas consideraciones.

El escrito inicial de D^a V. R. G., presentado en el Servicio de Atención al Paciente el 30 de junio de 2008, viviendo su padre, cabe considerarlo, como acertadamente hace el Servicio de Asesoramiento y Normativa, como de interposición de reclamación patrimonial en nombre del mismo, por lo que se le requiere a que acredite la representación (Antecedente Segundo del Asunto). Pero su fallecimiento determina la extinción del derecho a reclamar, de carácter personalísimo y no transmisible a los herederos, pues, en este caso, el paciente no llegó a ratificar el escrito de reclamación presentado por su hija. Sólo en el supuesto de haberse ratificado en la reclamación o de haberse dictado resolución reconociendo el derecho del paciente a ser indemnizado, cabría considerar integrado en su patrimonio el derecho o el crédito contra la Administración y transmitirse a los herederos.

Tema distinto sería si se hubiera planteado la reclamación por el daño moral sufrido por los familiares próximos, que habría exigido la prueba de tal daño.

También cabe, hipotéticamente, considerar activamente legitimados a la viuda e hijos del fallecido para reclamar por el daño moral que implica la muerte del ser querido, pero la reclamación no se plantea en tal sentido, por lo que creemos innecesario entrar a estudiar, como hacen los distintos informes Médicos, la Propuesta de resolución y el informe de los Servicios Jurídicos, la adecuación de la actuación de los Servicios sanitarios a la *Lex artis ad hoc*, aun cuando la propia reclamante, en su escrito de alegaciones de 14 de mayo de 2009, reconoce ser consciente de que la enfermedad de su padre no tenía tratamiento curativo, pero sí paliativo, con lo que viene a aceptar los argumentos de aquellos informe y Propuesta.

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la reclamación planteada, al considerar que no se ha acreditado daño de la reclamante a consecuencia de la actuación de los Servicios Públicos Sanitarios, lo que determina su falta de legitimación activa.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero